Mittelbare Täterschaft

in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Franz Graetzer
Kammergerichtsreferendar aus Berlin.

[illegible] D.
[illegible] BAT.
[illegible] BIBL.

Approbiert am 25. Juli 1907.

Berlin 1907.
Druck von E. Ebering
Mittelstrasse 29.

3

Referent: Univ.-Prof. Dr. **Allfeld.**

Meiner lieben Mutter.

Literatur-Verzeichnis.

(In der Arbeit sind alle Werke, bei welchen nicht in diesem Verzeichnis eine besondere Zitierweise angegeben ist, nur mit den Namen ihrer Verfasser angeführt.)

1. Binding, Lehrbuch des Strafrechts.
2. Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, 2. Aufl. 1890 (zitiert: Normen).
3. Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890.
4. Borchert, Ueber die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, 1888.
5. van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht, 1891.
6. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. VI, XXVI, XXVIII und XXXI (abgekürzt E. R. G.).
7. Finger, Lehrbuch des Strafrechts, 1904.
8. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 3. u. 4. Aufl. 1903.
9. Glaser, Kleine Schriften aus dem Strafrecht und Strafprozess, 2. Aufl. 1883.
10. Hälschner, Das Gemeine Deutsche Strafrecht, 1887.
11. v. Helldorff, Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung zum Falscheid, Hallenser Dissertation, 1895.
12. Hermes, Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, Berliner Dissertation, 1878.
13. Höpfner, Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft; in Bd. 22 der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1902.
14. Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Bd. 1 1890.
15. Lenz, Die Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung, 1897.
16. v. Liszt, Die falsche Aussage, 1877 (zitiert: falsche Aussage).

17. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 12., 13., 14. u. 15. Auflage.
18. Löning, Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs, 1889 (zitiert: verantwortlicher Redakteur).
19. Löning, Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1885.
20. Majer, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Heidelberger Dissertation 1905.
21. Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889.
22. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl. 1895.
23. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Auflage 1907.
24. Mittermaier, Gutachten über § 300 R.-St.-G.-B. in Bd. 21 der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1901.
25. Mössmer, Die mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht, 1892.
26. Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903.
27. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Deich, 6. Aufl. 1900|1901, 7. Aufl. 1905.
28. Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 15. Auflage.
29. Rüdorff-Stenglein, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Auflage 1892.
30. Schultze, Die Verleitung zum falschen Eide als selbständiges Verbrechen.
31. Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1874.
32. Temme, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts.
33. Temme, Lehrbuch des Preussischen Strafrechts, 1853.
34. Voigt, In Goltdamers Archiv (Archiv für Strafrecht und Strafprozess), Bd. 28.
35. Wachenfeld, Kritik über die unter 5) zitierte Schrift van Calkers in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 34.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. Kapitel: Begriff der mittelbaren Täterschaft. 9

II. Kapitel: Fälle der mittelbaren Täterschaft.

§ 1. Allgemeines. 12

§ 2. Mittelbare Täterschaft durch Benutzung von Personen mit strafrechtlich nicht relevantem Willen. 13

a) Benutzung eines Geisteskranken.

b) Benutzung eines Kindes unter 12 Jahren.

§ 3. Mittelbare Täterschaft durch Benutzung von gezwungenen oder in einem Irrtum befangenen Personen. 16

a) Benutzung eines Gezwungenen.

1. Unter Voraussetzung des § 52, Abs. 1 St. G. B.

2. Im Falle eines verbindlichen Dienstbefehls.

b) Benutzung eines Irrenden.

§ 4. Mittelbare Täterschaft durch Benutzung eines dolosen Werkzeugs. 21

a) Fehlen einer besonders verlangten Absicht beim Werkzeug.

b) Fehlen einer besonders verlangten Eigenschaft beim Werkzeug.

III. Kapitel: Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen.

§ 1. Gruppierung der die Streitfrage behandelnden Literatur. 25
§ 2. Entwickelung des Prinzips, von welchem aus die Streitfrage zu behandeln ist. 27
§ 3. Mittelbare Täterschaft in Bezug auf das Verbrechen des Meineides. 28
a) Der Standpunkt der Gegner. Bedeutung und Berechtigung des § 160 St. G. B.
b) Der eigene Standpunkt.
§ 4. Mittelbare Täterschaft in Bezug auf die sogenannten „delicta propria". 34
a) Die Berechtigung des § 271 St. G. B.
b) Entwicklung des Prinzips der reinen Erfolgshaftung.
c) Anwendung dieses Prinzips.
1. auf die Amtsverbrechen,
2. auf die übrigen delicta propria.
§ 5. Zusammenfassung der gewonnenen Resultate. 56

I. Kapitel.

Begriff der mittelbaren Täterschaft.

Der Ausdruck mittelbare Täterschaft gehört nicht der Sprache des Gesetzes an, und erst allmählich hat sich dieser Begriff in der Wissenschaft und Praxis zu allgemeiner Anerkennung durchgerungen. Bezeichnen wir als Täter mit der herrschenden Lehre[1] denjenigen, welcher alle Tatbestandsmerkmale, subjektive und objektive, eines Delikts verwirklicht, so kann diese Täterschaft in zweifacher Weise erfolgen. Entweder der Täter bewirkt unmittelbar durch seine Handlung diejenige Veränderung in der Aussenwelt, welche das betreffende Delikt charakterisiert. Dann vereinigt er alle subjektiven und objektiven Tatbestandsmomente in seiner Person, und man spricht hier von unmittelbarer Täterschaft. Oder er bedient sich einer Mittelsperson, auf welche er dergestalt einwirkt, dass diese die Ausführungshandlung begeht. Liegt dieser zweite Fall vor, so erscheint der Einwirkende nach dem von unserm Strafgesetzbuch eingenommenen Standpunkte aber nur dann als der Täter, und zwar, wie man sagt, als der mittelbare Täter, wenn diese Einwirkung in der Weise geschieht, dass die Mittelsperson nicht alle objektiven

---

1. Vergl. die bei Nagler, S. 40 Note 3, für den Begriff der Täterschaft zitierte Literatur. Eine eingehende Entwicklung des Täterbegriffs würde weit über den Rahmen des dieser Arbeit zu Grunde liegenden Themas hinausschiessen und müsste notwendig zu vielen Wiederholungen allgemein anerkannter Theorien führen.

und subjektiven Momente des Tatbestandes erfüllt. Denn sobald alle Tatbestandsmerkmale von der Mittelsperson erfüllt werden, wird diese selbst zur Täterin und der Einwirkende gemäss § 48 St. G. B. zum Anstifter dieser Handlung. Der Begriff der mittelbaren Täterschaft setzt also voraus, dass nicht Anstiftung vorliegt und lässt sich daher dahin bestimmen: mittelbare Täterschaft liegt dann vor, wenn eine Person, auf welche eine andere mit dem dolus zur Tat bestimmend eingewirkt hat, den Tatbestand eines Verbrechens verwirklicht, und die Einwirkung sich nicht als Anstiftung darstellt.

Mittelbare Täterschaft ist demnach zunächst immer da gegeben, wo die Mittelsperson lediglich die objektive Seite des Tatbestandes verwirklicht, also nur die äussere Handlung des Verbrechens vornimmt, während die subjektiven Tatbestandserfordernisse, also der zur Tat erforderliche Dolus, gänzlich vom Einwirkenden erfüllt werden.

Wir werden aber die Grenzen der mittelbaren Täterschaft noch weiter ziehen können, indem wir sie auch dann noch annehmen, wenn ausser den objektiven auch noch ein Teil der subjektiven Tatbestandserfordernisse, aber nicht alle subjektiven, von der Mittelsperson erfüllt werden, denn auch hier handelt es sich nicht um eine Anstiftung, da diese voraussetzt, dass alle subjektiven Tatbestandsmomente vom Angestifteten realisiert werden. Solches ist z. B. der Fall bei dem sogenannten dolosen Werkzeug, wo die Mittelperson zwar den zur Tat erforderlichen Vorsatz, aber nicht auch eine vom Gesetz noch ausserdem geforderte Absicht besitzt. Auf diesen Fall wird später noch genauer eingegangen werden.

In allen Fällen mittelbarer Täterschaft rechtfertigt sich die Bestrafung des Einwirkenden als Täter dadurch,

dass einmal, entweder gänzlich oder teilweise, die subjektiven Tatbestandsmomente von ihm selbst erfüllt werden und ferner die Erfüllung der objektiven bezw. des Restes der subjektiven Erfordernisse durch die Mittelperson ihm dem Einwirkenden, zugerechnet werden muss, da die Mittelsperson als sein Werkzeug tätig geworden ist.

II. Kapitel.

Fälle der mittelbaren Täterschaft.

§ 1.

Allgemeines.

In dem von uns aufgestellten Begriff der mittelbaren Täterschaft findet sich als Voraussetzung die negative, dass die Einwirkung sich nicht als Anstiftung darstellen dürfe. Wo theoretisch die Grenze zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung liegt, haben wir gesehen. Dennoch dürfte es in praxi nicht immer ganz leicht sein, zu entscheiden, ob eine Handlung in das Gebiet der mittelbaren Täterschaft oder in das der Anstiftung gehört. Diese Entscheidung wird uns wesentlich erleichtert werden, wenn wir uns vor Augen geführt haben, unter welchen Erscheinungsformen mittelbare Täterschaft überhaupt auftreten kann. Es erscheint daher notwendig, diese Untersuchung vorweg zu nehmen, bevor wir in die Erörterung der unserem Thema zugrundeliegenden Frage, ob mittelbare Täterschaft begrifflich bei allen Delikten möglich sei, eintreten.

Die Erörterung der Erscheinungsformen der mittelbaren Täterschaft macht nun zunächst die Feststellung notwendig, dass es niemals eine Voraussetzung für die Bestrafung des mittelbaren Täters ist, dass die Handlung auch strafbar wäre, wenn sie von der Mittelsperson ohne die auf sie ausgeübte Einwirkung begangen worden wäre. Ein Beispiel mag dieses illustrieren. Der Selbstmord ist nach unserm Rechte straflos. Wenn also

A in selbstmörderischer Absicht Gift nimmt, bevor er stirbt aber gerettet wird, so kann er nicht wegen versuchter Tötung eines Menschen zur Verantwortung gezogen werden. Wenn dagegen B dem ahnungslosen A das Gift, etwa unter Erregung eines Irrtums, beibringt, so ist B mittelbarer Täter eines Mordes.

Dieses vorausgeschickt, können wir an die Erörterung der einzelnen Fälle mittelbarer Täterschaft herantreten.

§ 2.

Mittelbare Täterschaft durch Benutzung von Personen mit strafrechtlich nicht relevantem Willen.

Ein ziemlich unbestrittener Fall mittelbarer Täterschaft liegt zunächst vor, wenn die benutzte Mittelsperson ein zurechnungsunfähiger Mensch ist. Wer einen Wahnsinnigen veranlasst, ein Haus in Brand zu setzen, ist selbst Brandstifter, nicht Anstifter zu einer von dem Wahnsinnigen begangenen Brandstiftung. Denn die Anstiftung ist nach geltendem Recht (§ 48 St. G. B.) ein Fall der Teilnahme an der von einem anderen begangenen strafbaren Handlung, der Wahnsinnige aber, welcher keinen rechtlich relevanten Willen hat, kann niemals als Täter einer strafbaren Handlung in Betracht kommen, und daher kann an seiner Handlung auch keine Teilnahme stattfinden. Dies ist die Gemeine Meinung.

Wenn Olshausen (I, 217 zu § 51) sagt:

„Die Möglichkeit einer strafbaren Teilnahme an einer auf Grund des § 51 R. St. G. B. nicht strafbaren Handlung ist nicht ausgeschlossen; sie ist gegeben, wenn die Haupttat selbst auch nach der subjektiven Seite hin erfüllt ist; sie ist dagegen zu verneinen, wenn die Haupttat wegen Mangels des subjektiven Erfordernisses, also bei dolosen Straftaten wegen nicht

vorliegendem dolus, des Charakters einer Handlung im Rechtssinne überhaupt entbehrt,“

so entbehrt diese Unterscheidung jeder gesetzlichen Grundlage. Nach § 51 ist eine strafbare Handlung im Falle des Tätigwerdens eines Geisteskranken überhaupt niemals vorhanden. Dass die Haupttat selbst hier auch nach der subjektiven Seite hin erfüllt ist, ist daher ganz ausgeschlossen. Hieraus folgt, dass auch eine strafbare Anstiftung undenkbar ist, da es ja an einer strafbaren Handlung mangelt, zu welcher angestiftet wird.

Was von einem Geisteskranken gilt, muss auch von dem strafunmündigen Kinde gelten, denn ebenso wie jener kann dieses eine strafbare Handlung nicht begehen.

Gänzlich verfehlt ist daher der Standpunkt des Reichsgerichts, welches sich E. R. G. VI, 189 dahin äussert:

„deshalb muss allerdings daran festgehalten werden, dass der § 55 R. St. G. B. nach seinem Wortlaute, seiner Vorgeschichte, wie nach seinem Zusammenhange mit den übrigen Strafvorschriften lediglich eine auf die Person des Strafunmündigen beschränkte Unverfolgbarkeit desselben begründet, dass er pontentiell auch bei den Strafunmündigen das Dasein strafbaren Willens und strafbaren Handelns im weiteren Sinne nicht ausschliesst, und deshalb auch strafbare Teilnahme an der Straftat solcher Personen begrifflich zulässig ist.“

Auf dem Boden dieser Ansicht des Reichsgerichts steht auch Borchert, wenn er Seite 24 erklärt:

„Nur in denjenigen Fällen, wo das Kind bei Begehung der Handlung nicht einmal so viel Verstandesreife besessen hat, um überhaupt eine Willensbestimmung bei ihm annehmen zu können, kann auch

wegen Mangels des zum Tatbestande gehörigen dolus von einer an sich strafbaren Handlung und daher auch von einer Teilnahme in Beziehung auf die Handlung nicht die Rede sein."

Sowohl das Reichsgericht wie Borchert lesen hier eine Differenzierung aus dem Gesetze heraus, welche absolut nicht darin enthalten ist. Der Standpunkt des Gesetzes ist ganz offenbar der, dass bei einem Kinde unter 12 Jahren niemals eine Willensäusserung als strafrechtlich relevant betrachtet werden soll, ganz gleichgiltig, welche geistigen Eigenschaften sonst dieses Kind haben mag. Mag das Kind eine noch so entwickelte Verstandesreife besitzen, der zum Tatbestande gehörige dolus mangelt ihm immer.

Die Richtigkeit dieser Meinung lässt sich unmittelbar aus dem Gesetze selbst ableiten. Denn gemäss § 56 hat der Richter erst bei einem Angeschuldigten im Alter zwischen 12 und 18 Jahren zu prüfen, ob bei Begehung der Tat die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht vorhanden war, woraus folgt, dass bei einem noch nicht Zwölfjährigen eine Prüfung der Verstandesreife nicht stattfinden, das heisst, dass bei ihm die erforderliche Einsicht in allen Fällen als nicht vorhanden angenommen werden soll.[1]

---

1. Ebenso wie Borchert, will auch Olshausen (§ 55, 6) es von der individuellen Entwickelung des Strafunmündigen abhängig machen, „ob er im Einzelfalle als Täter einer strafbaren Handlung anzusehen ist oder nicht". Vergl. ferner als Vertreter dieser Meinung Oppenhoff § 135 van Calker S. 35; Rüdorff-Stenglein § 55 Note 3; Schütze S. 95. Richtig u. a. Meyer-Allfeld § 32 Note 13; v. Liszt § 50 I und § 38 I 1 a; auch Majer S. 24; v. Helldorff S. 14 und Nagler, welcher S. 68 Anm. 4 zutreffend sagt: „Es wird davon ausgegangen, dass im § 55 St.-G.-B. eine praesumptio iuris et de iure enthalten ist". Zutreffend ferner Finger, welcher S. 215 Note 296 erklärt: „Der § 55 St.-G.-B. stellt in prozessualer Fassung eine unwiderlegliche Präsumption

Der Geisteskranke und das nicht zwölfjährige Kind stehen also darin völlig gleich, dass beide eine strafbare Handlung nicht begehen können. Ziehen wir hieraus die Nutzanwendung, so sehen wir, dass an der Handlung eines Geisteskranken wie an der eines strafunmündigen Kindes auch eine strafbare Teilnahme niemals stattfinden kann. Hieraus folgt aber, dass derjenige, welcher auf eine solche Person einwirkt, dergestalt, dass durch sie der Tatbestand einer strafbaren Handlung verwirklicht wird, niemals als Anstifter sondern stets als mittelbarer Täter in Frage kommen muss.

§ 3.

Mittelbare Täterschaft durch Benutzung von gezwungenen oder in einem Irrtum befangenen Personen.

Es ist das Vorhandensein mittelbarer Täterschaft nun nicht darauf beschränkt, dass auf einen Geisteskranken oder einen Strafunmündigen eingewirkt wird, sondern es ist sehr wohl der Fall denkbar, dass der Benutzte ein völlig Geistesgesunder und im Vollbesitze seiner Verstandesreife Befindlicher ist, und dass sich trotzdem die Einwirkung nicht als Teilnahme am Verbrechen des Benutzten, sondern als mittelbare Selbstbegehung darstellt.

Hierhin gehört nun zunächst der Fall, dass die benutzte Mittelsperson deshalb nicht selbst verantwortlich gemacht werden kann, weil sie unter einem Zwange oder in einem Irrtum gehandelt hat.

Temme, Seite 134, will allerdings mittelbare Täterschaft nur in zwei Fällen für möglich halten, nämlich

---

der Deliktsunfähigkeit auf, er enthält nicht einen Straf-, sondern einen Schuldausschliessungsgrund; ferner Binding, Normen I, 29; Hälschner I, 219; Birkmeyer, Teilnahme 158, 269.

a) wenn der Benutzte durch vis absoluta zur Tat gezwungen und b) wenn der Benutzte zurechnungsunfähig ist. In dem Falle, wo auf die Mittelsperson mit vis absoluta eingewirkt wird, noch von mittelbarer Täterschaft zu reden, erscheint mir höchst bedenklich. M. E. handelt es sich dann nicht um mittelbare, sondern um unmittelbare Täterschaft (vergl. ähnlich Borchert S. 104), denn in solchem Falle liegt doch wohl auch die Erfüllung der objektiven Seite des Tatbestandes beim Einwirkenden. Doch auch wenn man hierin anderer Meinung sein mag, so ist doch jedenfalls die Temme'sche Aufzählung der Fälle mittelbarer Täterschaft ganz unvollständig. Ihre Unzulänglichkeit wird dargetan durch die folgende Darstellung weiterer Erscheinungsformen mittelbarer Täterschaft.

Betrachten wir nun zunächst den Fall, dass der Benutzte unter einem vom Einwirkenden ausgeübten Zwange gehandelt hat.

Es ist klar, dass wir in solchem Falle dann mittelbare Täterschaft des Einwirkenden annehmen müssen, wenn die Einwirkung so stark war, dass wir die Rechtswidrigkeit der Handlung des Gezwungenen als ausgeschlossen betrachten müssen. Denn dann entfällt die Erfüllung der subjektiven Tatbestandserfordernisse durch den Gezwungenen, und es kann sich niemals um eine Anstiftung zu einem von ihm ausgeführten Delikte handeln. Wann ist nun aber die Rechtswidrigkeit der Handlung eines Gezwungenen als ausgeschlossen anzunehmen? Diese Frage beantwortet das Gesetz selbst ganz unzweideutig im § 52 Abs. 1 St. G. B. Dort heisst es:

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter[1] durch unwiderstehliche Gewalt oder durch

1. Zu beachten ist hier, dass das Gesetz hier für den Gezwungenen die Bezeichnung „Täter" verwendet, während von

Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genötigt worden ist.

Ist die Handlung unter den in § 52 Abs 1 genannten Voraussetzungen erfolgt, so liegt stets mittelbare Täterschaft vor. Diese Voraussetzungen sind nun zweifellos nicht gegeben in einem in Bd. 26 S. 242 E. R. G. zitierten Falle, wo aber trotzdem das Reichsgericht irriger Weise mittelbare Täterschaft für vorliegend erachtet. Es handelt sich dort um einen der Aufsicht des Angeklagten unterstellten Lehrling, welcher auf Befehl desselben ein unvollständig gereinigtes Stück Darm verzehren muss und infolge des Genusses erkrankt. Das Reichsgericht hält den Lehrherrn der mittelbaren Begehung einer Körperverletzung für schuldig und motiviert dies damit, dass es nicht erforderlich sei, „dass Widerstand gegen die rechtswidrige Einwirkung auf den Willen unmöglich“ sei.

Dies ist unzutreffend. Das Gesetz, welches im § 52 unwiderstehliche Gewalt verlangt, um die Rechtswidrigkeit auszuschliessen, sagt damit ganz deutlich, dass, wenn die Gewalt nicht unwiderstehlich ist, die Rechtswidrigkeit des Benutzten nicht ausgeschlossen wird, dass nun vorliegendenfalls unwiderstehliche Gewalt gegenüber dem Lehrling angewendet worden ist, ist keineswegs ersichtlich. Daher wären, wenn die Selbstverletzung an sich strafbar wäre, die subjektiven Erfordernisse zu diesem Delikt durchaus vorhanden, und es stünde nichts im Wege, den Lehrherrn, welcher unter Missbrauch seiner Gewalt den Lehrling zu der Begehung der Handlung vorsätzlich bestimmt hat, als An-

---

einer Täterschaft in der von uns vertretenen Auffassung eigentlich nicht die Rede ist.

stifter zu bestrafen. Da aber die an sich selbst begangene Körperverletzung des Lehrlings hier nicht strafbar ist, so hätte die Freisprechung des Lehrherrn erfolgen müssen.[1]

Eine Art von Zwangslage liegt für den Benutzten auch vor, wenn er durch seine dienstliche Stellung verpflichtet ist, den Befehlen seines ihn benutzenden Vorgesetzten unbedingt Folge zu leisten.

Eine solche Verbindlichkeit des Befehls hat der Gesetzgeber in einigen Fällen statuiert, vergl. z. B. §§ 34 und 41 der Seemannsordnung und § 47 des Militärstrafgesetzbuchs. In diesen Fällen kann dem innerhalb der Grenzen des ihm Befohlenen Handelnden naturgemäss nicht die Verantwortung für sein Handeln aufgebürdet werden, selbst wenn er sich der Rechtswidrigkeit der Handlung voll bewusst ist. Als Täter kann hier immer nur der Befehlende in Frage kommen. Decken dagegen den Benutzten nicht derartige Sondervorschriften, so bildet auch für ihn der § 52 St. G. B. die Grenze, innerhalb welcher seine Verantwortlichkeit ausgeschlossen wird. So auch die gemeine Meinung. (Vergl. besonders v. Liszt § 35; Finger S. 405).

Auf einem anderen Standpunkt steht van Calker. Er definiert zunächst zutreffend (Seite 9) den rechtsverbindlichen Befehl dahin:

„Rechtsverbindlich ist ein Befehl dann, wenn der Befehlsempfänger verpflichtet ist, dem Befehl ohne Weigerung Folge zu leisten,"

behauptet dann aber (Seite 11), ein solcher rechtsverbindlicher Befehl bilde für den Befehlsempfänger nur einen persönlichen Schuldausschliessungsgrund, er bilde jedoch nie einen allgemeinen Schuldausschliessungsgrund. Eine strafbare Handlung im Sinne des § 48

1. Vergl. ähnlich v. Liszt § 50 Note 4.

des Strafgesetzbuchs sei deshalb stets vorhanden.

Van Calker begründet diese Ansicht dann (Seite 10): „Auch der rechtsverbindliche Befehl beeinflusst zwar die Entschlussfassung, er schliesst jedoch die Möglichkeit einer Entschlussfassung in einem dem Befehlsinhalt entgegengesetzten Sinne keineswegs aus. Solange aber die Möglichkeit einer Entschlussfassung überhaupt besteht, besteht grundsätzlich auch strafrechtliche Verantwortlichkeit für die dem Entschluss entsprechenden Handlungen. Willensbeschränkung kann deshalb nicht als Schuldausschliessungsgrund wirken."

Diese Auffassung ist m. E. verfehlt, (derselben Ansicht auch Wachenfeld S. 452). Der Umstand, dass der Befehlsempfänger unbedingt zum Gehorsam verpflichtet ist, entzieht ihm auch die Möglichkeit, einer anderen Entschlussfassung Ausdruck zu geben, und dies ganz allgemein und mit Rücksicht auf seine Stellung gegenüber dem Befehlsgeber. Im übrigen würde die Ansicht van Calkers, grundsätzlich strafrechtliche Verantwortlichkeit anzunehmen, wenn die Möglichkeit zu einer Entschlussfassung überhaupt besteht, dazu führen, mittelbare Täterschaft auch bei der Benutzung eines dolosen Werkzeuges zu leugnen, wo ja der Benutzte ebenfalls die Möglichkeit einer Entschlussfassung besitzt. Dies wäre aber, wie wir später dartun werden, ganz verfehlt. Nein, „der Täter gibt der Tat den Charakter" (Wachenfeld S. 452), es handelt sich nicht um einen persönlichen, sondern um einen allgemeinen Schuldausschliessungsgrund für den Gehorchenden, deshalb kann dieser niemals als angestifteter Täter, sondern nur als Werkzeug des Befehlsgebers in Frage kommen.

Ebenso wie durch eine Zwangslage kann die Rechtswidrigkeit der Handlung des Benutzten auch dadurch ausgeschlossen werden, dass er von Jemandem in einen

Irrtum versetzt oder darin unterhalten wird, dergestalt, dass der Einwirkende als mittelbarer Täter verantwortlich wird. v. Liszt führt als Beispiel den Fall an, dass jemand die Krankenpflegerin durch Täuschung bestimmt, statt des vom Arzte verordneten Chinins dem Kranken Arsenik zu geben. Es ist klar, dass hier mit Rücksicht auf § 59 St. G. B. eine vorsätzlich begangene strafbare Handlung der Krankenpflegerin nicht vorliegt, und dass daher auch Anstiftung zu einer solchen ausgeschlossen ist. Die Krankenpflegerin fungiert hier vielmehr lediglich als Werkzeug des mit vollem dolus handelnden mittelbaren Täters.

§ 4.

Mittelbare Täterschaft durch Benutzung eines dolosen Werkzeugs.

Ist in dem letztgedachten Fall das Vorliegen mittelbarer Täterschaft allgemein anerkannt, so ist es um so bestrittener, ob mittelbare Täterschaft auch dann anzunehmen sei, wenn der Benutzte den für das Delikt erforderlichen dolus besitzt und nur einer bestimmten Absicht, welche das Gesetz für diesen Fall noch ausserdem fordert, ermangelt.

Wir hatten uns schon oben, Seite 10, dafür ausgesprochen, auch hier mittelbare Täterschaft anzunehmen. Denn, wenn das Gesetz hier ausser dem dolus auch noch eine bestimmte Absicht fordert, diese Absicht aber bei dem dolosen Werkzeug nicht vorhanden ist, so fehlt ihm eben ein subjektives Moment zur Täterschaft, da ja gerade dem Täter es begrifflich eigentümlich ist, dass er auch alle subjektiven Momente des Tatbestandes neben den objektiven erfülle.

Wenn demgegenüber v. Helldorff Seite 22 erklärt, es liesse sich überhaupt kein Fall denken, in welchem

das Werkzeug eines anderen ein zurechnungsfähiger, vorsätzlich handelnder Mensch sei, so ist dies also unzutreffend. Es ist auch unbefriedigend, denn in solchem Falle würde Straflosigkeit sowohl des Benutzten wie des Benutzenden eintreten müssen. Denn der Benutzte könnte dann weder als Täter noch als Teilnehmer zur Verantwortung gezogen werden, als Täter nicht, weil ein subjektives Tatbestandsmoment, die Absicht, bei ihm fehlt, und als Teilnehmer nicht, weil eine strafbare Handlung des Benutzenden, an welcher er teilnimmt, ja angeblich nicht vorliegt. Andererseits ist auch der Benutzende als Teilnehmer, etwa als Anstifter, nicht strafbar, weil es ja an der Täterschaft des Benutzten fehlt.

Ein Beispiel mag dies demonstrieren. Der Knecht A. veranlasst die bei C. als Dienstmagd angestellte B., dem C. seine goldene Uhr im Schlafe abzunehmen und dem A. zu bringen. Wenn wir hier nicht den A. als mittelbaren Täter des Diebstahls bestrafen, können wir überhaupt keinen strafen. Denn der B. fehlte bei der Wegnahme der Uhr die Absicht, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, was der § 242 des St. G. B. fordert. Sie ist also nicht die Täterin. Demgemäss ist auch der A. nicht Teilnehmer an einem Diebstahl. Wenn andererseits A. nicht als Täter bestraft werden kann, kann die B. auch nicht als Gehilfin bestraft werden. Beide würden also straflos ausgehen. Dieses Resultat ist die beste Widerlegung der gegnerischen Ansicht von der Leugnung mittelbarer Täterschaft beim dolosen Werkzeug.

Die richtige Entscheidung unseres Falls ist allein die, dass der A. als Täter, die B. als Gehilfin bestraft wird.[1]

---

1. Für die Annahme mittelbarer Täterschaft auch beim dolosen Werkzeug E. R. G. Bd. 31 S. 80; Loening, Haftung des verantwortlichen Redakteurs S. 149 Note 1 und Grundriss S. 99;

Kohler (Studien I S. 129 ff.) will in solchem Falle den Benutzten als Täter, den Benutzenden als Teilnehmer bestrafen, obwohl er anerkennt, dass dem Benutzten die Zueignungsabsicht an sich selbst fehlt. Kohler sagt:

> Es lässt sich kein Grund ersehen, warum derjenige, welcher die Aneignung der Sache an einen anderen will, nicht dem gleich geachtet werden soll, welcher die Sache sich selbst zueignen will. Denn man merke wohl: die Aneignung braucht ja nur eine formale zu sein; sie kann sein eine Aneignung, um sofort darüber zu Gunsten eines Dritten zu disponieren. Sie kann sein eine Aneignung unter sofortiger Anweisung an einen Dritten. Sollte es da einen Unterschied machen, ob der Täter oder der Anstifter sich zuerst die Sache selbst aneignen will, um sie dem anderen zuzuwenden; oder ob von Anfang an eine Aneignung an einen anderen geplant ist?"

M. E. ist der von Kohler getadelte Unterschied sehr wohl zu machen, denn er entspricht ganz dem Willen des Gesetzes. Das Strafwürdige beim Diebstahl ist eben die ungerechtfertigte Selbstzueignung der fremden beweglichen Sache. Wo das Gesetz es gleich erachtet, ob ein rechtswidriger Vermögensvorteil dem Täter oder einem Dritten zugewendet wird, da hebt es diese Gleichstellung ausdrücklich hervor, wie z. B. beim Betruge. Wenn das Gesetz dies beim Diebstahl nicht tut, so ist daraus nur das argumentum e contrario zu folgern, dass die Zuwendung an den Dieb selbst erfolgen müsse.

---

v. Liszt § 50 I, 4; Glaser, kleinere Schriften I, 113 f.; Meyer-Allfeld a. a. O.; Oppenhoff § 47, 4; Mössmer S. 51; Majer S. 37, 38. Anderer Meinung sind: v. Helldorf S. 21, 22; Mittermaier S. 255. Frank III. Abschn. S. 67 hält die Annahme eines dolosen Werkzeuges für „bedenklich" den Fall für „sehr zweifelhaft".

Wie in dem angeführten Beispiel eine besondere Absicht des Täters als Erfordernis für das Vorliegen des Delikts verlangt wird, so gibt es auch Fälle, wo durch eine besondere Eigenschaft des Täters das betreffende Delikt erst charakterisiert wird, wobei diese Eigenschaft nur bei dem mittelbaren Täter vorhanden ist, bei dem Werkzeug aber fehlt. Wenn z. B. ein Beamter vorsätzlich einen Nichtbeamten veranlasst, eine ihm, dem Beamten, amtlich anvertraute Urkunde zu vernichten, so ist der Beamte der Täter des Delikts aus § 348 Abs. 2 St. G. B., auch wenn er ein doloses Werkzeug benutzt, denn auch hier mangelt dem Benutzten ein subjektives Erfordernis zur Täterschaft, das nur dem Benutzenden eigen ist. Richtig ist daher auch m. E. die Entscheidung des Reichsgerichts in Band 28 Seite 109, welche v. Liszt als „sehr weitgehend" bezeichnet.[1]

1. Richtig Meyer-Allfeld a. a. O.; Nagler S. 70. Frank a. a. O. hält den Fall für „bedenklich".

III. Kapitel.

Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen.

§ 1.

Allgemeines.

Nachdem wir im Vorhergehenden erörtert haben, auf welche Weise ein Delikt, wenn es mittelbare Begehung überhaupt zulässt, mittelbar begangen werden kann, kommen wir nunmehr zu der Hauptfrage unserer Untersuchung: lassen alle Delikte mittelbare Begehung zu, oder gibt es auch Delikte, bei welchen begrifflich mittelbare Begehung ausgeschlossen ist?

Bei der weitaus grössten Zahl von Verbrechen steht nun die mittelbare Begehungsmöglichkeit ganz ausserhalb jeden Zweifels und ist auch allgemein anerkannt. Dies gilt von allen denjenigen Verbrechen, welche einmal frei von jeder äusseren Formbeobachtung begangen werden können, und welche ferner bei der Person des Täters überhaupt keinen Wert auf besondere persönliche physische oder rechtliche Eigenschaften desselben legen, so dass von vornherein jeder strafrechtlich verantwortliche Mensch als Täter in Betracht kommen kann. Dass solche Delikte mittelbare Täterschaft begrifflich zulassen, bedarf keines Beweises.

Wo dagegen, wie beim Verbrechen des Meineides, der Tatbestand des Delikts auf eine ganz formelle

Handlung, wie das Leisten eines Eides, Bezug nimmt, da taucht sogleich die schwierige, heiss umstrittene Frage auf: Kann als Täter eines solchen Delikts überhaupt jemand in Betracht kommen, der diese formelle Handlung nicht selbst vorgenommen hat, z. B. der nicht selbst geschworen hat, sondern der nur einen gutgläubigen Anderen dazu veranlasst hat? Und wo ferner der Gesetzgeber mit einer Strafrechtsnorm sich an einen Personenkreis wendet, welchem gewisse persönliche physische oder rechtliche Besonderheiten eigentümlich sind, wie z. B. bei der Notzucht und der Päderastie er sich wendet an ein Wesen männlichen Geschlechts oder bei einem Amtsdelikt an eine mit Beamteneigenschaft ausgestattete Person, da entsteht sogleich die Frage: Kann hier als Täter auch jemand zur Verantwortung gezogen werden, welcher diesem Personenkreise nicht angehört, welcher aber ein Mitglied dieses Kreises sich dienstbar gemacht hat?

Wenn wir die Literatur, welche die mittelbare Täterschaft begrifflich nicht überall anerkennt, genauer betrachten, so fällt uns innerhalb derselben eine Gruppierung nach zwei Richtungen hin auf. Die eine Gruppe geht von dem Grundsatze unbeschränkter Anerkennung mittelbarer Täterschaft aus und betrachtet die Fälle, wo sie mittelbare Begehungsmöglichkeit leugnet, als Ausnahmen von der Regel, indem sie die Unzulässigkeit der mittelbaren Begehung aus der besonders gearteten Natur des betreffenden Delikts bezw. der betreffenden Deliktsklasse herleitet.

Die andere Gruppe dagegen leitet die Unmöglichkeit mittelbarer Täterschaft bei gewissen Delikten nicht aus der besonderen Natur gerade der betreffenden Delikte her und fasst sie nicht gleichsam als Ausnahmen von der Regel auf, sondern betrachtet diese Unmög-

lichkeit als Ausfluss eines gewissen Prinzips, welches für die Beurteilung aller Delikte massgebend sei.

Diese Gruppierung der Literatur werden wir der Behandlung unserer Streitfrage zu Grunde legen, indem wir uns zunächst mit denjenigen Schriftstellern beschäftigen werden, welche mittelbare Begehungsmöglichkeit zwar als Grundsatz anerkennen, welche aber Ausnahmen von diesem Grundsatze zulassen. Hier werden wir zu untersuchen haben, ob die gemachten Ausnahmen berechtigt sind. Alsdann werden wir auf diejenige Literatur eingehen, welche in Konsequenz einer bestimmten Theorie mittelbarer Täterschaft bei gewissen Delikten begrifflich ausschliesst. Hier wird es dann unsere Aufgabe sein, festzustellen, ob erstens die Theorie selbst richtig ist, und, wenn dies der Fall sein sollte, ob zweitens die aus der Anwendung der Theorie gewonnenen Resultate richtig abgeleitet sind.

Indem wir dies vorausschicken, können wir in die Behandlung unserer Streitfrage eintreten.

§ 2.

Entwickelung des Prinzips, von welchem aus die Streitfrage zu behandeln ist.

Wir müssen kurz zurückkommen auf den Begriff der mittelbaren Täterschaft. Wir hatten gesehen, dass mittelbare Täterschaft überall da vorliegt, wo das Werkzeug nicht alle subjektiven Momente des Tatbestandes erfüllt. Sogar im Falle des dolosen Werkzeugs haben wir mittelbare Täterschaft dann noch angenommen, wenn eine bestimmte vom Gesetz in diesem Fall geforderte Absicht bezw. eine besondere Eigenschaft bei dem Benutzten fehlte und nur bei dem ihn Benutzenden vorhanden war. Auch in diesem Falle, der gewissermassen

die äusserste Grenze des Gebiets der mittelbaren Täterschaft bildet, war der letzte Grund der Annahme mittelbarer Täterschaft der, dass ein subjektives Erfordernis des Delikts bei dem Benutzten mangelte und nur bei dem Benutzenden vorhanden war.

Gehen wir von diesen Erwägungen aus, so kommen wir mit Notwendigkeit zu der Folgerung: Delikte, deren Tatbestand sich objektiv garnicht anders verwirklichen lässt, als dass damit zugleich auch die subjektiven Momente derselben erfüllt werden, lassen mittelbare Begehung nicht zu.

Wenn wir diesen Satz zu Grunde legen, so können wir unsere Streitfrage, ob gewisse Deliktsklassen mittelbare Täterschaft begrifflich nicht zulassen, auch folgendermassen formulieren: gibt es Delikte, bei denen begrifflich mit Notwendigkeit die subjektiven und objektiven Momente des Tatbestandes von derselben Person realisiert werden müssen, damit ihr Tatbestand erfüllt werde, mit anderen Worten solche, wo derjenige, welcher die objektive Seite des Tatbestandes verwirklicht, zugleich auch den vom Gesetz geforderten dolus besitzen muss?

Kommen wir zu einer Verneinung dieser Frage, so haben wir damit das Resultat erreicht, dass mittelbare Täterschaft überall begrifflich möglich ist.

§ 3.

Mittelbare Täterschaft in Bezug auf das Verbrechen des Meineides.

Man hat nun vielfach behauptet (vergl. z. B. Borchert S. 106), die Unmöglichkeit der Erfüllung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmomente durch verschiedene Personen sei zunächst vorhanden bei dem Ver-

brechen des Meineides, und hat deshalb gemeint, die Möglichkeit einer mittelbaren Verübung bei diesem Delikt ausschliessen zu müssen. Denn hier könne die äussere Handlung, der Schwur, nur von demjenigen vorgenommen werden, welcher zugleich auch den dolus zu der Tat habe. Diese Ansicht, welche zum ersten Male eingehend entwickelt wurde von Schultze in seinem Buche: die Verleitung zum falschen Eide als selbständiges Verbrechen, hat viele Anhänger gewonnen und hat zur Folge gehabt, dass in unser deutsches Strafgesetz eine Bestimmung aufgenommen wurde, durch welche derjenige unter Strafe gestellt wird, welcher einen anderen, Gutgläubigen, dazu verleitet, etwas objektiv Unwahres zu schwören. Diese im § 160 des Strafgesetzbuchs enthaltene Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

> Wer einen anderen zur Ableistung eines falschen Eides verleitet, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bestraft, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, und wer einen Anderen zur Ableistung einer falschen Versicherung an Eidesstatt verleitet, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft. Der Versuch ist strafbar.

Der Gesetzgeber hat also in dieser Frage ebenfalls den Standpunkt eingenommen, dass mittelbare Begehung eines Meineides nicht möglich sei, und dass ohne Aufstellung der besonderen Strafbestimmung des § 160 der Verleiter nicht bestraft werden könne.

Mit Rücksicht auf die Geschichte des § 160 ist es daher unrichtig, wenn Meyer in der 5. Auflage Seite 185 aus der Aufstellung des § 160 die Ansicht folgert, dass der Gesetzgeber die mittelbare Begehung des Meineides an sich für zulässig gehalten habe, durch diese Sonderbestimmung aber die strenge Bestrafung des Verleiters, den die Strafe aus den §§ 153 ff. treffen müsste, nur habe verhindern wollen. Dies wenigstens scheinen

mir die Worte Meyers auszudrücken, wenn er sagt, dass die Frage, „ob die Möglichkeit mittelbarer Verübung nicht da eine Ausnahme erleidet, wo vom Gesetze eine bestimmte Art des persönlichen Verhaltens verlangt wird, vom allgemeinen Standpunkte aus in grösserem Umfange zu bejahen wäre, vom geltenden Rechte aber nur in Beziehung auf eine Deliktsart, nämlich in Beziehung auf den Meineid, bejaht werde."

Da der § 160 nun einmal besteht, können wir den Verleiter zu einer objektiv falschen Aussage natürlich auch nur auf Grund dieses Paragraphen bestrafen, und können ihn nicht als mittelbaren Täter der Verbrechen gegen die §§ 153 ff. zur Verantwortung ziehen. Es fragt sich nur, ob denn die Sonderbestimmung des § 160 nötig war, um zu einer Bestrafung des Verleiters zu gelangen, mit anderen Worten, ob die grundsätzliche begriffliche Zulässigkeit mittelbarer Begehung eines Delikts beim Meineide mit Notwendigkeit eine Ausnahme erleiden müsse.

Um dieser Frage, welche in der Literatur der Gegenstand heftiger Controversen geworden ist, zu Leibe zu kommen, müssen wir auf den oben entwickelten Satz zurückgreifen, dass mittelbare Begehung eines Delikts da ausgeschlossen ist, wo sich die objektive Erfüllung des Tatbestandes von der subjektiven Seite des Delikts begrifflich nicht trennen lasse. Um nun das Resultat gleich vorweg zu nehmen, so ist mein Standpunkt in dieser Frage der, dass eine solche Trennung beim Meineide sehr wohl möglich und eine begriffliche Ausschliessung der mittelbaren Täterschaft bei diesem Verbrechen verfehlt ist.

Die Frage, deren Behandlung, da der § 160 nun einmal besteht, nur de lege ferenda von Wert ist, ist in der Dissertation von v. Helldorff mit grösster Ausführlichkeit bereits nach allen Richtungen hin eingehend

und im wesentlichen zutreffend erörtert worden, und ich muss mich hier, um nicht zu wiederholen, auf die Darlegung der Hauptmomente, auf welche ich meine Ansicht gründe, beschränken.

Die Verteidiger des § 160 stützen sich zum grössten Teile auf die Behauptung, das Verbrechen des Meineides trage insofern einen ganz eigenartigen, sogenannten „höchstpersönlichen" Charakter, als dieses Verbrechen nur derjenige begehen könne, welcher eine ganz bestimmte ihm vorgeschriebene Form erfülle, nämlich vor Gericht in solenner Weise einen Eid leiste. Dadurch sei die Unmöglichkeit gegeben, dass der Täterdolus bei einem Anderen liege, als bei demjenigen, welcher formell den Schwur ablege.

Es ist zuzugeben, dass, wenn dem so wäre, wenn also äussere Handlung beim Meineide notwendig nur von demjenigen begangen werden könnte, welcher den Täterdolus hätte, dass dann von einer mittelbaren Begehung des Meineides allerdings keine Rede sein könnte. Dieser „höchstpersönliche Charakter" des Meineides ist aber entschieden zu leugnen. Er wird auch von den Verteidigern des § 160 gewöhnlich einfach als gegebenes factum hingestellt, ohne dass ein Nachweis dafür erbracht wird. Die allgemein ins Treffen geführte Behauptung: da nur dem vom Richter im einzelnen Fall zum Schwur Zugelassenen die Eidespflicht obliege, könne auch nur dieser meineidig werden, ist ein Trugschluss und beruht auf einer Verkennung des Wesens des Eides.

Mit Recht erklärt demgegenüber v. Helldorff S. 33: „In dem Sprechen der Eidesformel an sich liegt noch nicht das Wesen des Eides; auch beim vorsätzlichen Meineide ist die Form echt und wahr, nur der Inhalt ist falsch und unwahr. Und das ist das Wesentliche des Eides, dessen Verletzung der Staat mit Strafe

bedroht, dass der Inhalt des Eides der Wahrheit entspricht; das ist die eigentliche Eidespflicht, die Wahrheit zu sagen, die dann durch die Formelworte noch in besonders feierlicher Weise bekräftigt werden muss. — In dieser letzteren Beziehung kann aber die Eidespflicht von jedem verletzt werden, der sich einer Fälschung des Eidesinhalts schuldig macht; der zur persönlichen Ableistung des Eides in dem einzelnen Falle Verpflichtete kann die feste Ueberzeugung haben, dass das, was er beschwört, die lautere Wahrheit ist, obgleich es tatsächlich falsch ist; er macht sich hiermit keiner Verletzung der Eidespflicht schuldig. Derjenige aber, der ihn vorsätzlich in jenen Irrtum über die Wahrheit seiner eidlich bekräftigten Aussage versetzt hat, hat die Eidespflicht verletzt; er ist in Wahrheit der Meineidige, wenn er auch die Eidesformel selbst nicht ausgesprochen hat."

Der „höchstpersönliche Charakter" wohnt dem Delikte des Meineides also nicht inne, und damit fällt die Theorie all derer in sich zusammen, welche gerade mit Rücksicht hierauf die begriffliche Möglichkeit der mittelbaren Begehung des Meineidsdelikts leugnen.

Hierhin gehört zunächst Borchert (S. 106), welcher für die Behauptung, der Meineid gehöre zu denjenigen Delikten, wo äussere Handlung und Tatdolus stets bei derselben Person zusammentreffen müssen, überhaupt keinen Beweis antritt.

Auch Löning (verantwortlicher Redakteur S. 149, 150) bleibt für die Behauptung, „das Gesetz verlangt zum Tatbestand des Meineides den eigenen Schwur", den Beweis schuldig. Ebenso führen auch die Ausführungen von Schütze (S. 315 Anm. 22) und Hermes (S. 44 N. 92) auf die Annahme des „höchstpersönlichen Charakters" des Meineides zurück.

Olshausen leugnet die mittelbare Täterschaft überall da,

„wo der betreffende intellektuelle Urheber den Tatbestand nicht selbst unmittelbar ausführen konnte d. h. bei den delicta propria, insofern die erforderlichen Eigenschaften und Verhältnisse bei jenem nicht vorliegen, wie z. B. . . . . die Eigenschaft des Täters als Beamten bei den Amtsdelikten bezw. das Verhältnis des Täters zu der behandelnden Rechtssache als Partei oder Zeuge bei den Meineidsdelikten."

Abgesehen davon, dass, wie wir später noch darlegen werden, der Meineid und die Amtsverbrechen durchaus nicht sich von den gleichen Gesichtspunkten hinsichtlich der Zulässigkeit mittelbarer Verübung betrachten lassen, laufen die Ausführungen Olshausens hinsichtlich des Meineides darauf hinaus, dass dem Meineide eine Sonderstellung deshalb gebühre, weil dem intellektuellen Urheber gewisse persönliche Eigenschaften mangeln, die bei dem Begeher des Meineides erforderlich sind. Hier übersieht aber Olshausen, dass die Eigenschaft als Zeuge gar keine persönliche Eigenschaft eines Menschen ist, dass vielmehr „umgekehrt die Ablegung einer bestimmt qualifizierten Aussage dem Aussagenden erst diese Qualität verleiht." (v. Liszt, falsche Aussage S. 192).[1]

Damit wollen wir die Besprechung der sich mit der Berechtigung des § 160 beschäftigenden Literatur abschliessen.

---

1. Vergl. ferner als Verteidiger des § 160 Voigt in Goltdammers Archiv Bd. 28 S. 22 und Mössmer S. 66; gegen diese zutreffend v. Helldorff a. a. O.

§ 4.

Mittelbare Täterschaft in Bezug auf die sogenannten „delicta propria".

Die Notwendigkeit, dass die subjektiven und objektiven Tatbestandsmomente bei einer und derselben Person vorhanden seien, soll nun nicht nur beim Verbrechen des Meineides vorliegen, sondern auch bei allen denjenigen Verbrechen, welche in ihrem Tatbestande beim Täter gewisse persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse voraussetzen.

Hinsichtlich des Meineides hatten wir ja gesehen, dass diese Notwendigkeit absolut nicht gegeben ist, und dass mittelbare Täterschaft dieses Verbrechens nur mit Rücksicht auf den besser nicht vorhandenen § 160 als ausgeschlossen betrachtet werden muss. Wir werden sehen, dass diese Notwendigkeit bei den anderen genannten Verbrechen ebenfalls zu leugnen ist.

Olshausen will, wie wir sahen, auch den Meineid zu letzterer Verbrechensklasse, der Klasse der „delicta propria", zählen. Dass dies nicht angängig ist, hatte ich bereits betont, da die Eigenschaft als Zeuge in einer Rechtssache überhaupt keine persönliche Eigenschaft des betreffenden zum Schwur Zugelassenen ist, sondern diesem erst vom Richter beigelegt wird. Daher erforderte der Meineid von vornherein eine abgesonderte Behandlung. Bei den Amtsdelikten z. B. ist nun aber in der Tat die Eigenschaft als Beamter eine persönliche Eigenschaft, welche diesem rechtlich von Hause aus anhaftet, und ebenso steht es z. B. bei dem Verbrechen der Notzucht und Päderastie mit der Eigenschaft als Mann, beim Inzest mit der Eigenschaft als naher Blutsverwandter, beim Vergehen gegen § 296a mit der Eigenschaft als Ausländer und gegen § 297 mit der Eigenschaft als Reisender oder Schiffsmann etc., wobei die

betreffende Eigenschaft allerdings nicht immer eine rechtliche, sondern häufig auch eine physische ist.

Sollte es nun in allen diesen Fällen wirklich erforderlich sein, dass derjenige, welcher die objektive Seite des Tatbestandes, also die äussere Handlung, verwirklicht, derselbe ist, welcher auch die subjektiven Erfordernisse des Tatbestandes erfüllt, also den betreffenden dolus hat?

Das Bedenken, welches bei den delicta propria gegen die Annahme mittelbarer Täterschaft geltend gemacht wird, ist, dass gerade durch die besondere persönliche Qualität des Täters das Delikt sein Charakteristikum erhalte, welches ihm genommen werde, wenn als Täter jemand in Betracht käme, der diese Qualitäten nicht habe.

Diese besondere persönliche Qualität des Täters kann nun, wie erwähnt, entweder sein eine physische, wie z. B. die Eigenschaft als Blutsverwandter beim Inzest oder als Mann bei der Notzucht, oder sie kann sein eine rechtliche, wie z. B. die Eigenschaft als Beamter bei Amtsverbrechen oder als Soldat bei den Militärverbrechen.

Diese Unterscheidung ist deshalb beachtenswert, weil von einigen Gegnern die mittelbare Täterschaft nur bei denjenigen Delikten geleugnet wird, bei welchen dem Täter gewisse rechtliche Eigenschaften eigentümlich sind, während sie da, wo gewisse physische Eigenschaften vom Täter verlangt werden, zugegeben wird.

Wenn das Gesetz also im § 348 Abs. 1 sage:

> Ein Beamter, welcher, zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt, innerhalb seiner Zuständigkeit vorsätzlich eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet oder in öffentliche Register oder Bücher falsch einträgt, wird mit Gefängnis nicht unter einem Monat bestraft,

so könne ein Nichtbeamter, der einen irrenden Beamten zu einer solchen Handlung missbrauche, und so den gleichen Erfolg herbeiführe wie ein Beamter selbst, mangels besonderer Bestimmung deshalb nicht bestraft werden, weil das Gesetz ja als Täter dieses Delikts ausdrücklich einen Beamten bezeichne.

Diese formalistische Auslegung des Gesetzes ist aber durchaus zu verwerfen. Wird denn für denjenigen, welcher die falsche Beurkundung gegen sich wirken lassen muss, nicht genau die gleiche Rechtslage geschaffen, wenn der Beamte vorsätzlich selbst die rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet, wie wenn diese Beurkundung zurückzuführen ist auf jemanden, welcher sich des Beamten als Mittels zum Zweck bedient? Und ist denn die Handlung des den irrenden Beamten Benutzenden minder verwerflich als die des vorsätzlich handelnden Beamten selbst? Es besteht keine Veranlassung dies anzunehmen; und dies muss für uns bestimmend sein, die begriffliche Möglichkeit mittelbarer Täterschaft des Delikts aus § 348 anzunehmen. Denn der letzte Grund, weshalb wir strafen, ist immer der, dass ein bestimmter zu missbilligender Erfolg ausgelöst worden ist.

Durchaus verfehlt und überflüssig ist es daher, wenn das Gesetz im § 271 eine Sonderbestimmung aufstellt, durch welche derjenige unter Strafe gestellt wird, welcher einen Beamten, der selbst ohne den erforderlichen dolus handelt, zu der in § 348 benannten Falschbeurkundung veranlasst. Diese Sonderbestimmung ist um so bedenklicher, als den Täter aus § 271 eine weit mildere Strafe trifft als den Täter aus § 348, und so für den ersteren gänzlich unerfindlicher Weise geradezu ein Privileg geschaffen wird. Der § 271 lautet:

„Wer vorsätzlich bewirkt, dass Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, welche für Rechte oder

Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind, in öffentlichen Urkunden, Büchern oder Registern als abgegeben oder geschehen beurkundet werden, während sie überhaupt nicht oder in anderer Weise oder von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft oder von einer anderen Person abgegeben oder geschehen sind, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 300 Mark bestraft."

Der § 271 spielt daher gegenüber dem Vergehen aus § 348 dieselbe unglückliche Rolle wie der § 160 gegenüber dem Verbrechen des Meineides, d. h. der § 271 ist überflüssig, und nur, weil er nun einmal besteht, ist mittelbare Täterschaft des Vergehens aus § 348 de lege lata ausgeschlossen. Natürlich gilt dasselbe bezüglich des Verhältnisses des § 272 zum § 349, da es sich hier ja nur um eine qualifizierte Form des Tatbestandes des § 271 bezw. 348 handelt.

Verfehlt ist es, wenn Lenz (Fälschungsverbrechen S. 241) aus der Existenz des § 271 eine begriffliche Unmöglichkeit der unmittelbaren Täterschaft des Vergehens aus § 348 herleitet. So sagt er:

„neben den theoretischen Gründen gegen die mittelbare Täterschaft der Nichtbeamten spricht insbesondere der Umstand dagegen, dass sonst die Bestimmung des § 271 R. St. G. B. völlig überflüssig wäre."

Die theoretischen Gründe sprechen eben nicht gegen sondern für die mittelbare Täterschaft, und mit den theoretischen Gründen steht daher der § 271 im Widerspruch.

Allerdings führt Lenz auch einen theoretischen Grund ins Treffen, aus welchem er die Unmöglichkeit der mittelbaren Begehung des Vergehens gegen § 348 folgern zu müssen glaubt. Er erklärt, dass die Handlung eines den gutgläubigen Beamten sich dientbar machen-

den Dritten sich lediglich darstelle als eine Gefährdung des Instituts der öffentlichen Beurkundung, das vom Rechtsstaat geschaffen sei zum Zwecke der erforderlichen dauernden Fixierung bestimmter Vorgänge. Diese Auffassung ist aber viel zu eng. Die Handlung des Dritten gefährdet in erster Linie die Interessen der Personen, welche von der Falschbeurkundung betroffen werden, und die Gefährdung dieser Interessen kann viel erheblicher sein als „die Gefährdung des Instituts der öffentlichen Beurkundung."

Wir bleiben also dabei: mittelbare Täterschaft ist begrifflich beim Delikt aus § 348 sehr wohl möglich. Sie ist nur mit Rücksicht auf den § 271 ausgeschlossen.

Dasselbe Prinzip, nämlich die Untersuchung der Frage, worin im einzelnen Falle der strafwürdige Erfolg eines Delikts bestehe, und ob dieser Erfolg erreicht sei oder nicht, — welches wir schon bei der Entscheidung der Frage nach der mittelbaren Begehungsmöglichkeit des Vergehens gegen § 348 angewendet hatten, muss uns auch für unsere Stellungnahme gegenüber allen anderen Delikten in Bezug auf die Anerkennung mittelbarer Täterschaft massgebend bleiben.

Wir werden also, wenn wir die Frage zu entscheiden haben, wer in einem gegebenen Falle der Täter ist, stets die Vorfrage zu erörtern haben: worin besteht der von dem Gesetzgeber gemissbilligte Erfolg?

Sind wir uns hierüber klar, dann werden wir stets denjenigen als Täter anzusprechen haben, welcher diesen Erfolg herbeigeführt hat. Hierbei bleibt es gleichgültig, ob der Herbeiführer dieses Erfolges der Personenklasse, welche der Gesetzgeber für die Täterschaft zunächst ins Auge gefasst hat, selbst angehört, oder nicht und den Erfolg durch ein Mitglied dieser Personenklasse, welches als sein Werkzeug handelte, herbeigeführt hat.

Nur wenn wir diese reine Erfolgshaftung zu Grunde legen, werden wir zu wirklich praktischen Ergebnissen kommen und werden es vor allem vermeiden, dass Elemente, welche sich durch Benutzung gutgläubiger Dritter, die gewisse physische oder rechtliche zur Begehung gewisser Delikte geeignete Eigenschaften besitzen, aufs schwerste gegen die bestehende Gesellschaftsordnung vergehen, straflos bleiben.[1]

Indem wir nun von dieser reinen Erfolgshaftung ausgehen, werden wir sehen, dass die Anwendung dieses Prinzips in Bezug auf die einzelnen Verbrechensklassen zu dem Resultate führt, mittelbare Täterschaft bei allen Delikten unbeschränkt begrifflich anzuerkennen.

Betrachten wir zunächst einmal die Kategorie der reinen Amtsverbrechen, hinsichtlich welcher ja der Streit um die Möglichkeit mittelbarer Begehung am heissesten lodert.

Auch hier ist es immer ein bestimmter Erfolg, den der Gesetzgeber für strafwürdig erklärt hat. Der Gesetzgeber will verhindern, dass der Gerechtigkeit zuwider zu Gunsten oder zum Nachteil einer Prozesspartei judiziert werde (§ 336); er will verhindern, dass durch die Gewalt der Staatsmacht ein Staatsbürger widerrechtlich zu einer Handlung genötigt oder in seiner persönlichen Freiheit beschränkt werde (§§ 339, 341); er will verhindern, dass ein Staatsbürger Schaden leide, dadurch dass eine amtliche Falschbeurkundung ergeht (§ 348) u. a. m. Deshalb stellt er die betreffenden Strafbestimmungen auf. Der Gesetzgeber hat das gleiche Interesse, die menschliche Gesellschaft zu schützen vor denjenigen, welchen zunächst die Begehung derartiger

---

1. Für diese Erfolgshaftung u. a. v. Liszt a. a. O.; Meyer-Allfeld a. a. O., dagegen besonders Nagler, S. 73 ff.

Verbrechen möglich ist, also vor den dolosen Beamten selbst, wie vor denjenigen, welche denselben Verbrechenserfolg auf einem Umwege, nämlich unter Benutzung eines nicht dolosen Beamten, herbeiführen. Die Strafe muss daher beide gleichmässig treffen. Dies ist aber nur möglich durch unbeschränkte begriffliche Anerkennung mittelbarer Täterschaft bei den Amtsdelikten.[1]

Betrachten wir nun zunächst die Literatur, welche entgegen unserer Anschauung mittelbare Täterschaft bei den Amtsdelikten leugnet.

Unter den Vertretern dieser Meinung befindet sich zunächst Frank (3. Abtl. III, 2). Dieser erklärt, es stünde die Existenz des § 271 de lege lata nicht nur der Annahme mittelbarer Täterschaft bei dem Vergehen gegen § 348, sondern bei allen Amtsverbrechen entgegen. Zu einer solchen Verallgemeinerung liegt indessen gar kein Grund vor. Im § 348 wird eine ganz bestimmte, genau bezeichnete Tätigkeit eines Beamten, nämlich die Falschbeurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache, ins Auge gefasst, und der § 271 bildet ganz offensichtlich das Korrelat zu dieser Tätigkeit, in dem hier die vorsätzliche Bewirkung eben dieser Falschbeurkundung mit Strafe bedroht wird.

Wir halten also daran fest, mittelbare Täterschaft mit Rücksicht auf § 271 nur bezüglich des Vergehens gegen § 348, nicht auch bezüglich aller übrigen Amtsdelikte zu leugnen.

Während Frank nun lediglich aus dem äusseren Grunde der Existenz des § 271 zur Leugnung der mittelbaren Täterschaft bei den Amtsdelikten kommt, be-

---

1. Für die Anerkennung mittelbarer Täterschaft speziell bei den Amtsverbrechen besonders v. Liszt § 50 N. 3; Meyer-Allfeld § 27 N. 9; Finger S. 337.

streiten die übrigen Gegner unserer Ansicht die Möglichkeit mittelbarer Begehung der Amtsverbrechen im Hinblick auf die begrifflichen Eigenschaften dieser Delikte.

Hermes (S. 42) will innerhalb der Verbrechensklasse, welche beim Täter gewisse persönliche Qualitäten voraussetzt, unterscheiden, ob diese Eigenschaft des Täters ihm begriffmässig, also rechtlich, beigelegt ist, oder ob sie ihm faktisch eigen ist, also eine physische Eigenschaft desselben darstellt (vergl. S. 49, 50). Er will nur bei solchen Verbrechen, welche begriffsmässig, nicht auch bei solchen, welche bloss faktisch gewisse Eigenschaften beim Täter voraussetzen, die mittelbare Begehungsmöglichkeit bestreiten, er will sie also z. B. bei den Amtsverbrechen, nicht z. B. beim Verbrechen der Notzucht leugnen. Zu dieser Ansicht kommt Hermes, indem er annimmt, dass bei den erstgenannten Verbrechensklassen ein mittelbarer Täter, welchem diese Eigenschaften fehlen, nicht den zur Begehung dieser Verbrechen erforderlichen dolus haben könne. Diesen dolus könne vielmehr nur ein unmittelbarer Täter, der mit den betreffenden besonderen Eigenschaften ausgestattet sei, besitzen. Dagegen sei, wie Hermes ausdrücklich hervorhebt, nicht der Grund für seine Ansicht ein objektiver, nämlich, dass den von dem mittelbaren Täter bewirkten Handlungen irgend ein äusseres Tatbestandsmerkmal fehle.

Die von Hermes gemachte Unterscheidung, dass ein Verbrechen in Bezug auf die mittelbare Täterschaft anders zu behandeln sei, wenn eine beim Täter gemachte Voraussetzung diesem begriffsmässig eigentümlich sei, als wenn diese Eigenschaft bei ihm rein faktisch vorausgesetzt werde, entbehrt jeder Berechtigung, und wenn Hermes diese Ansicht darauf stützt, dass in den erstgedachten Fällen die Person, der die betreffende Eigenschaft mangelt, nicht den dolus zur Tat haben

könne, so ist dies durchaus zu bestreiten. Ein Nichtbeamter, der den latent geisteskranken Amtsrichter, von dessen Geisteszustand er zufällig Kenntnis erlangt hat, unter Ausnutzung dieses Zustandes dazu verleitet, das Recht zu beugen, hat ebenso gut den dolus zu dem Ver-Verbrechen aus § 336, wie ein geistesgesunder Amtsrichter, der sich der Rechtsbeugung mit vollem Bewusstsein schuldig macht.

Andere Gründe, welche die Unmöglichkeit mittelbarer Täterschaft bei den Amtsverbrechen und den unter denselben Gesichtspunkten zu behandelnden Delikten dartun sollen, führt Nagler (S. 71 ff.) ins Treffen, welcher zu ähnlichen Ergebnissen kommt wie Hermes.

Nagler führt folgendes aus:

„Zwar ist nicht zu bezweifeln, dass die intellektuelle Urheberschaft den Täter in den Stand setzt, Bedingungen zu schaffen und als deren Konsequenz Wirkungen herbeizuführen, die er als physischer Urheber (ohne das benutzte menschliche Mittel) nicht hätte hervorbringen können. Doch gilt dieser Grundsatz nur auf dem Gebiete des physischen Geschehens, wo es sich um die faktische Erreichbarkeit des Angriffsobjektes handelt. Nicht aber beansprucht er insoweit Gültigkeit als es sich um besondere rechtliche dem Individuum mangelnde Qualifikationen handelt. Ein Ersatz rein physischer Hülfsmittel ist jederzeit zu beschaffen, allein rechtlichen Voraussetzungen können für die Person des „Täters“ nicht surrogiert werden. Nur soweit eine rechtliche Gleichwertigkeit der Beteiligten besteht, kann die Begehungsform der sogenannten mittelbaren Täterschaft dem einzelnen über Schwierigkeiten weghelfen, die einer bestimmten Verbrechensverübung entgegengestanden haben. Denn das Wesen der intellektuellen Urheberschaft beruht lediglich in der besonderen Art der Anwendung des

Kausalitätsgesetzes. Ist der Einzelne vermöge der besonderen Richtung des Ver- oder Gebots aber überhaupt nicht imstande, dieser Vorschrift zuwider zu handeln, so kann auch die Tatsache daran nichts ändern, dass er vermöge der Gunst besonderer Umstände durch das Mittel einer zur Klasse der Vinkulierten gehörigen Person einen äusseren Erfolg herbeiführen könne, der ein Sonderverbrechen darstellen würde, falls er die Verwirklichung des schuldhaften Willens des Mittels wäre."

Nagler behauptet mittelbare Täterschaft also ebenfalls da, wo beim Täter gewisse rechtliche Qualifikationen vorausgesetzt werden, und die rechtlichen Qualifikationen nur bei dem Benutzten vorhanden sind, „denn rechtliche Voraussetzungen könnten beim Täter nicht surrogiert werden." Weshalb aber gerade eine Surrogation der rechtlichen Voraussetzungen nicht möglich sein soll, ist nicht einzusehen. Der Grund, den Nagler dafür angibt, der Einzelne, nicht mit den besonderen Qualitäten Ausgestattete, sei hier nicht imstande, dem betreffendem Ver- oder Gebot zuwider zu handeln, weil das Ver- oder Gebot garnicht gegen ihn gerichtet sei, ist in keiner Weise stichhaltig, weil er doch zum mindesten auch die Fälle treffen würde, wo nicht rechtliche, sondern rein physische Qualitäten beim Täter vorausgesetzt werden. Ebenso wenig wie ein Nichtbeamter dann einem Amtsverbrechen, würde auch eine Frau dann eine Notzucht begehen können, denn auch ihr fehlen die besonderen Qualitäten zu dem Verbrechen. Nein, diese Surrogation ist unter allen Umständen möglich. In allen Verbrechensfällen, wo besondere Eigenschaften beim Täter vorausgesetzt werden, können wir nur dann logischer Weise zu einer Bestrafung eines diese Eigenschaften nicht Besitzenden kommen, wenn wir die Handlung des Werkzeugs, das

sich der mittelbare Täter gerade im Hinblick auf seine besonderen Qualitäten dienstbar macht, dem mittelbaren Täter zurechnen, gerade als seien dessen Eigenschaften seine eigenen und als hätte er unmittelbar gehandelt. Die Sonderqualitäten des Werkzeugs gehen dann durch die Benutzung desselben gleichsam auf den mittelbaren Täter über. Von diesem Standpunkt aus ist es dann aber auch ganz gleichgültig, von welcher Art die besonderen Qualitäten des Werkzeugs sind, ob sie rechtliche oder rein physische sind, da alle Qualitäten des Werkzeugs als Qualitäten des mittelbaren Täters in die Erscheinung treten.

Diese Erwägung führt uns zugleich auch einen bedeutsamen Schritt weiter. Wir waren davon ausgegangen, mittelbare Täterschaft im Hinblick auf das Prinzip der reinen Erfolgshaftung zunächst anzuerkennen bei allen Amtsverbrechen. Jetzt haben wir gesehen, dass in Bezug auf die Surrogation persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse kein Unterschied zu machen ist zwischen physischen und rechtlichen. Hieraus folgt mit zwingender Notwendigkeit, dass wir den Grundsatz der Anerkennung mittelbarer Täterschaft auch übertragen müssen auf diejenigen Delikte, welche beim Täter gewisse physische Eigenschaften voraussetzen. Dass dies auch dem Prinzip der Erfolgshaftung entspricht, versteht sich von selbst.

Ganz auf dem von Nagler vertretenen Standpunkt scheint auch Merkel zu stehen. Denn einerseits erklärt er (S. 140):

„Unter die Bestimmung z. B., dass ein Beamter, der sich einer vorsätzlichen Rechtsbeugung schuldig mache, mit Zuchthaus zu bestrafen sei, lässt sich ein Nichtbeamter ebensowenig subsumieren, wie ein Beamter, der das Recht nicht verletzt, oder nicht vor-

sätzlich gehandelt hat. Diese Subsumierbarkeit aber kennzeichnet den Täter."

Andererseits behauptet Merkel (S. 346), Subjekt des Notzuchtverbrechens (§ 177) könne auch eine Frau sein. Merkel scheint also ebenfalls hinsichtlich der mittelbaren Täterschaft die Unterscheidung treffen zu wollen, ob rechtliche oder physische Eigenschaften surrogiert werden sollen. Ich kann mich daher darauf beschränken, auf dasjenige zu verweisen, was ich bereits gegenüber den Naglerschen Ausführungen dargelegt habe.

Auf einem irrigen Standpunkte steht ferner Binding, welcher mit Bezug auf das Verbrechen der Notzucht erklärt (I. S. 200):

„Subjekt der Notzucht ist nur der Mann. Im Gegenteil liegt eine Vergewaltigung der geschischtlich herausgebildeten Verbrechensform."

Ebenso sagt Löning (verantwortlicher Redakteur S. 149 und 150):

„Von einer mittelbaren Begehung des Delikts kann hier ebensowenig die Reide sein, als z. B. . . . . im Falle der Gewaltanwendung einer Frau um einem Manne den ausserehelichen Beischlaf mit einer Dritten zu ermöglichen, von einer mittelbaren Begehung der Notzucht durch jene Frau, denn das Gesetz verlangt zum Tatbestand der Notzucht die persönliche Vollziehung des Beischlafs mit einer Frau, also seitens eines Mannes."

Binding wie Löning bleiben für ihre Behauptung jeglichen Beweis schuldig, und es ist auch ihnen gegenüber zu betonen, dass stets derjenige als Täter zu bestrafen ist, welcher den vom Gesetzgeber gemissbilligten Erfolg schuldhaft herbeiführt. Dieser Erfolg ist aber bei der Notzucht zweifellos die Vollziehung des ausserehelichen Beischlafs unter Gewaltanwendung bezw.

Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Wenn aber eine Frau durch Benutzung eines geisteskranken Mannes diesen Erfolg herbeiführen kann, so kann sie eben auch als Täterin dieses Verbrechens bestraft werden.

Richtig sagt daher Frank (§ 177 I) mit Bezug auf das Verbrechen der Notzucht:

„Identität der nötigenden und konkumbierenden Person ist nicht erforderlich. Schon aus diesem Grunde kann eine Frauensperson Täterin sein."

und mit Bezug auf das Verbrechen gegen § 176, 2:[1]

„Dass Täter nur diejenige Person sein könne, welche den Beischlaf mit dem Frauenzimmer vollzieht, sagt das Gesetz nicht. Es kann daher auch eine andere Frauensperson Täterin (und mithin auch Mittäterin) sein."

Frank betrachtet also ebenfalls offenbar die Herbeiführung des Erfolges als das Massgebende.

Offen lässt die Streitfrage Finger, (S. 337, N. 432). Er sagt:

„Die Frage ist sehr bestritten, es kommt bei ihrer Beantwortung darauf an, ob man bei Erfolgsverbrechen das Schwergewicht legt auf das Moment der Herbeiführung des betreffenden Erfolges oder auf die Betätigung, durch die der Erfolg herbeigeführt wird, ob man das Verbrechen mehr vom Standpunkt des Verletzten oder des Verletzers ansieht."

In der Besprechung der Gegner der von uns vertretenen Anschauung, dass mittelbare Täterschaft begrifflich bei allen Delikten möglich sei, kommen wir nunmehr zu denjenigen, welche die Unzulässigkeit mit-

---

1. „Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer eine in einem willenlosen oder bewusstlosen Zustand befindliche oder eine geisteskranke Frauensperson zum ausserehelichen Beischlafe missbraucht."

telbarer Begehung bei gewissen Deliktsklassen behaupten in Konsequenz einer bestimmten Theorie. Hierhin gehören Beling und Höpfner.

Es sei zunächst eingegangen auf die ausführlichen Darlegungen von Beling, welcher in seiner „Lehre vom Verbrechen“ in jüngster Zeit für die Leugnung mittelbarer Täterschaft bei gewissen Verbrechensklassen eine Lanze gebrochen hat.

Beling geht davon aus, dass er alle Delikte in zwei Klassen teilt, in „Formaldelikte“ und in „Materialdelikte“ (S. 203, 204). Formaldelikte seien solche,

„deren Tatbestände lediglich die — in gewisser Weise kolorierte — Handlung selber benennen, ohne irgend wie der an sie anschliessenden Kausalreihe zu gedenken,“

so die Aufforderungsdelikte, St. G. B. §§ 85, 110, 49a, 138 etc.

Unter Materialdelikten versteht Beling solche,

„deren Tatbestände ausser der Handlung noch bestimmt genannte Erfolge, die sich von der Handlung ablösen, als zum Tatbestande zugehörig bezeichnen.“

Den Unterschied präzisiert er dahin:

„Bei den Formaldelikten besteht der Tatbestand also einfach in einer in ein bestimmtes Milieu hinein vorgenommenen Körperbewegung oder Nichtbewegung, bei den Materialdelikten in Körperbewegung (Nichtbewegung) + Erfolg. Bei jenen kommt nur die Beziehung der Handlung zu dem, was vor ihr und neben ihr ist, tatbeständlich in Betracht; bei diesen das nach ihr und aus ihr heraus sich Ereignende.“

Aus dieser Einteilung in Formaldelikte und Materialdelikte konstruiert Beling nun die Einteilung in Delikte, welche mittelbare Begehung begrifflich ausschliessen und solche, welche sie begrifflich zulassen.

Er sagt (S. 236):

„1. Die Tatbestände der Formaldelikte umreissen das Handeln lediglich so, dass dieses in ein gewisses Milieu hineingebracht wird. Dieses Milieu ist selber natürlich nichts persönliches; aber die Handlung muss selber in diesem Milieu drinstehen, um tatbestandsmässig zu sein. Daraus ergibt sich der wichtige Satz: die Tatbestände der Formaldelikte sind durchaus unübertragbar, d. h. in mittelbarer Täterschaft nicht begehbar. So kann wegen „Gehens über eine Brücke" nur bestraft werden, wer selber über die Brücke gegangen ist. Wer ein vierjähriges Kind oder einen Geisteskranken über die Brücke geschickt hat, auf den passt der Tatbestand ebenso wenig, wie auf denjenigen, der ein Pferd über die Brücke hat laufen lassen. Das erweist zur Evidenz die Unmöglichkeit der Anklageformel: man kann ihn eben nicht anklagen, über die Brücke gegangen zu sein.

2. Anders steht es bei den Materialdelikten. Der Schwerpunkt des Tatbestandes liegt bei ihnen im Erfolge. Die Handlung kommt wesentlich nur als dessen Quelle in Betracht. Deshalb ist prinzipiell alles tatbeständliche, was hinter der Handlung liegt, übertragbar. Der Tatbestand braucht nicht auf die eigene Körperbewegung des Täters zu passen; wie viel oder wie wenig er in eigener Person zur Tatbestandsverwirklichung beigetragen hat, ist unwesentlich. Deshalb kann sehr wohl zwischen Handlung und Erfolg das Handeln eines als Werkzeug benutzten Menschen inmitten liegen, die Erfolgsherbeiführung durch letztere kann dem Täter, wofern er nur Urheber des Handelns der Mittelsperson war, als seine Tatbestandsverwirklichung zugerechnet werden, die Tatbestandsverwirklichung braucht keine höchstpersönliche zu sein. Wer durch einen Geisteskranken

eine fremde Sache zerstören lässt, hat im Sinne des Strafrechts „eine fremde Sache zerstört"; das sachzerstörliche Verhalten des Geisteskranken ist, weil von ihm veranlasst, seine Sachbeschädigung."

M. E. ist die ganze begriffliche Unterscheidung zwischen Formaldelikten und Materialdelikten unter Zugrundelegung der Beling'schen Definitionen völlig verfehlt. Es ist durchaus nicht richtig, dass bei gewissen Deliktsklassen, den Formaldelikten, „die Handlung selber in einem Milieu drinstehen muss, um tatbestandsmässig zu sein", dergestalt dass der Tatbestand „unübertragbar" ist. Wesentlich ist auch bei den Delikten, welche Beling Formaldelikte nennt, dass durch die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes ein gewisser Erfolg ausgelöst wird; und nur, dass dieser Erfolg ausgelöst wird, ist das Strafwürdige.[1] So sind insbesondere auch die sogenannten Aufforderungsverbrechen (z. B. §§ 49a, 85 u. a.), welche Beling als Hauptbeispiele für Formaldelikte anführt, überhaupt erst vollendet, wenn die Aufforderung zur Kenntnis eines anderen gekommen ist,[1] womit eben ein Erfolg ausgelöst ist.

Wenn Beling daran Anstoss nimmt, jemanden anzuklagen, „über die Brücke gegangen zu sein", wenn dieser nur einen Geisteskranken über die Brücke geschickt hat, so trifft dieses Bedenken weiter nichts als den sprachlichen Ausdruck und hat mit der rechtlichen Seite der Sache nichts zu tun. Ebenso könnte man dann daran Anstoss nehmen, davor hütet sich aber Beling, von jemandem zu behaupten, er habe „eine fremde

---

1. Richtig Mittermaier S. 237: „Ueberall im Strafrecht haben wir „Erfolge"; nur ein Erfolg hat für uns im Recht überhaupt Bedeutung; es gibt keine formalen Verbrechen."

1. Uebereinstimmend die herrschende Meinung; vergl. z. B. v. Liszt § 175 IV, 2.

Sache zerstört", wenn dieser die Sache durch einen Geisteskranken hat zerstören lassen.

In beiden Beispielen ist das strafrechtlich allein Relevante ein bestimmter Erfolg, nämlich im ersteren Falle der, dass ein Mensch über die Brücke geht, im zweiten Beispiel der, dass ein Mensch eine Sache zerstört. Beide Fälle sind daher gleich zu behandeln. Wenn allerdings im ersteren Falle nicht ein Geisteskranker sondern ein Pferd über die Brücke geschickt wird, so ist der Tatbestand dieser Norm überhaupt nicht erfüllt, denn der von der Norm verlangte Erfolg, nämlich dass ein Mensch über die Brücke geht, ist hier nicht herbeigeführt und daher diese Norm auch nicht verletzt worden. Die Gleichstellung, welche Beling hier macht, ist daher gänzlich unzutreffend.

Die Formaldelikte unterscheiden sich meiner Meinung nach nur dadurch von den Materialdelikten, dass bei ersteren sich der Erfolg weniger deutlich von der Handlung abhebt als bei letzteren. Der Unterschied ist also überhaupt kein begrifflicher, und schon daraus ergibt sich die Unmöglichkeit, bei den Formaldelikten gewisse begriffliche Eigenschaften zu leugnen, welche man bei den Materialdelikten allgemein anerkennt. Dies gilt insbesondere von der mittelbaren Begehungsmöglichkeit, welche Beling bei den Formaldelikten ganz allgemein in Abrede stellt.

Ein Beispiel wird dies erhellen. Beling führt selbst, und daher ist mir dieses Beispiel besonders wertvoll, als einen Fall eines Formaldelikts, bei welchem also mittelbare Täterschaft ausgeschlossen sei, das Vergehen gegen § 138 St. G. B. an. Dort heisst es im Abs. 1:

„Wer als Zeuge, Geschworener oder Schöffe berufen, eine unwahre Tatsache als Entschuldigung vorschützt, wird mit Gefängnis bis zu 2 Monaten bestraft."

Wollte man hier nur mittelbare Begehung dieses De-

likts zulassen, die Möglichkeit mittelbarer Begehung aber leugnen, so müsste der als Zeuge geladene A., welcher dem Richter der Wahrheit zuwider schreibt, er sei krank, ins Gefängnis kommen, der gleichfalls als Zeuge geladene B., welcher es ermöglicht, dass ein gleichlautender Brief durch den geisteskranken C. geschrieben und abgesandt wird, dagegen straflos bleiben.

Dieses Resultat illustriert deutlich die Unhaltbarkeit des Beling'schen Unterscheidungsprinzips. Ist aber das Prinzip, mittelbare Täterschaft bei Formaldelikten auszuschliessen, unrichtig, so ist natürlich auch jeder Beweis, der auf diesem Prinzipe fusst, als missglückt zu betrachten. Wenn daher Beling unter der Zahl der delicta propria gewisse Verbrechen findet, welche nach seiner Auffassung typische Formaldelikte sind, und bei welchen er deshalb mittelbare Täterschaft leugnen zu müssen glaubt, so ist diese Auffassung durchaus abzulehnen.

Diese Konsequenzen scheint aber Beling zu ziehen, wenn er a. a. O. S. 239 erklärt:

„Als ein ganz besonders höchstpersönliches Element des Tatbestandes erscheint die Zugehörigkeit des Täters zu einer bestimmten Personenklasse, die von manchen Verbrechenstypen gefordert wird. Hier heisst es: Si duo faciunt idem, non est idem. Es liegt auf der Hand, dass ein nicht zu dieser Klasse Gehöriger (ein extraneus) den betreffenden Tatbestand überhaupt nicht erfüllen kann, mit anderen Worten: dieses Persönlichkeitserfordernis ist unübertragbar, es genügt nicht, dass es in der Person des als Werkzeug benutzten „unmittelbaren Täters" vorliegt. Gewiss können auch diese Tatbestände, soweit sie materiale sind, in mittelbarer Täterschaft begangen werden; nur die Personenklassenzugehörigkeit muss bei dem Täter selber gegeben sein und braucht andererseits bei der

Mittelsperson nicht gegeben zu sein; sonst läge ein „Mangel im Tatbestande“ in personeller Hinsicht vor.“

Demgegenüber ist zu betonen, dass auch bei diesen Delikten das Strafwürdige immer nur die Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges ist. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, kann es keinen Unterschied machen, ob das Delikt von Jemandem begangen ist, der die für das Delikt erforderlichen Eigenschaften selbst besitzt, oder von einem anderen, der diese Eigenschaften zwar nicht selbst besitzt, der aber einen im Besitze dieser Eigenschaften Befindlichen sich dienstbar macht. Jede andere Auslegung des Gesetzes ist formalistisch und unbefriedigend.

Einen ähnlichen Standpunkt wie Beling nimmt Höpfner (Bd. 22 der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, S. 205 ff.) ein. Höpfner stellt als Ausgangspunkt seiner Anschauung den Satz auf:

„Täter eines Verbrechens, also auch mittelbarer Täter, ist nur, wer Unrecht tut.“

Hieraus folgert er nun:

„Aus diesem Satz folgt unwiderleglich, dass Täter eines Verbrechens nicht ist, wer etwas tut, was nicht ihm, sondern anderen verboten ist. Das ist der Fall, wenn gewisse Rechtsnormen sich nur an einen bestimmten Personenkreis wenden, dem der Handelnde nicht angehört. So liegt die Sache (vielfach mindestens) bei den reinen Amtsdelikten.“

Und dann weiter (S. 209):

„Ganz ähnlich wie in den eben hervorgehobenen Fällen liegt es, wenn sich die Rechtsnorm zwar in abstracto an jedermann wendet, aber nur, falls gewisse Voraussetzungen in den persönlichen Verhältnissen vorliegen, ein gewisses Handeln beansprucht. Derjenige, in dessen Person diese Voraussetzungen

in concreto nicht vorliegen, ist in concreto durch diese Norm nicht gebunden, und kann daher nicht Täter des Verbrechens sein, das in der Uebertretung dieser Norm besteht. So setzt . . . . das Verbot des Meineids . . . . voraus, dass der den Meineid Schwörende Zeuge oder Sachverständiger ist, d. h. von massgebender Stelle zur Zeugnisablegung oder Erstattung des Gutachtens aufgefordert ist, oder dass ihm der Eid zugeschoben, zurückgeschoben oder auferlegt ist."

Es ist Höpfner zunächst zuzugeben, dass der Satz: „Täter ist, wer Unrecht tut", wenn auch etwas sehr unbestimmt und allgemein gefasst, so doch richtig ist. Wenn aber Höpfner dadurch, dass er hieraus den Satz ableitet: „Also ist nicht Täter, wer etwas tut, was nicht ihm, sondern andern verboten ist", den Schlüssel zur Lösung der ganzen Streitfrage gefunden zu haben meint, so ist er sehr im Irrtum. Damit kommen wir keinen Schritt weiter, denn in all den von Höpfner ins Auge gefassten Fällen handelt es sich ja gerade darum, ob den „Anderen" nicht die Verwirklichung des betreffenden Tatbestandes ebenfalls verboten ist. Es bleibt eben immer noch die Frage offen: Kann eine Gesetzesvorschrift, wenn sie z. B. eine bestimmte Handlung eines Beamten unter Strafe stellt, nur von einem Beamten oder auch von einem anderen, der sich nur des Beamten bedient, übertreten werden? Und diese Frage kann eben billiger- und gerechterweise nur im letzteren Sinne beantwortet werden.

Unrichtig ist ferner die a. a. O. S. 211 entwickelte Ansicht Höpfners, dass die Unmöglichkeit mittelbarer Täterschaft eines Verbrechens vielfach aus dem Begriff der verbotenen Handlung folge, „indem dieser von solcher Beschaffenheit ist, dass in Fällen, wo der geistige Urheber und der physische Ausführer verschiedene Personen sind, das Tun des geistigen Ur-

hebers, obschon es Verursachung des durch das Verbot gekennzeichneten Erfolges ist, doch sich nicht unter den Begriff der von dem Verbote getroffenen Handlung subsumieren lässt."

Ein Handlungsbegriff von solcher Eigenart soll zunächst da gegeben sein

„wo der Erfolg, als dessen Herbeiführung die fragliche Handlung begrifflich sich darstellt, in der Herstellung einer Beziehung, insbesondere einer Berührung zwischen dem Handelnden und einer anderen Person oder Sache besteht, dann nämlich, wenn diese Beziehung hergestellt wird zwischen dem physisch Tätigen und der fremden Person oder Sache, nicht aber zwischen dieser und dem Handelnedn d. h. dem geistigen Urheber."

So soll z. B. ein Verbot des Anfassens eines Gegenstandes, da „Anfassen" begrifflich etwas anderes sei als „Bewirken, dass angefasst wird", nur in der Weise übertreten werden können,

„dass man den durch den Begriff des Anfassens bezeichneten Erfolg des Berührens eines Gegenstandes mit den eigenen Fingern herstellt, nicht aber durch Herbeiführung der Berührung eines Gegenstandes von fremden Fingern".

So soll ferner mittelbare Täterschaft bei solchen Handlungen ausgeschlossen sein,

„bei denen die Tätigkeit eine Erklärung über ein eigenes Tun oder sonst etwas die Person des Erklärenden selbst Betreffendes erhält",

ferner auch bei solchen,

„welche eine bestimmte physische Beschaffenheit in der Person des Handelnden voraussetzen, wie z. B. Handlungen, die unmittelbar nur von einem Manne begangen werden können, bezüglich ihrer Begehung durch eine Frau"

und schliesslich bei solchen, wo der betreffende Handlungsbegriff zu gewissen ganz konkreten Begriffen gehört, wie z. B. Schreiben, Sprechen, Einsteigen, Reiten etc.

Hält man, wie es richtig ist, die Herbeiführung des strafrechtlich relevanten Erfolges in der Tat für das allein Wesentliche, so ergibt sich daraus die unabwendbare Folgerung: die Gesetzesnorm ist übertreten, sobald dieser Erfolg herbeigeführt ist. Wenn daher, um bei den Höpfner'schen Beispielen zu bleiben, der Gesetzgeber das Anfassen eines Gegenstandes verbietet, so ist ihm wesentlich, dass der Gegenstand überhaupt von keinem Menschen angefasst wird, es ist ihm aber gleichgültig, ob jemand den Gegenstand anfasst oder bewirkt, dass er durch einen anderen Gutgläubigen oder Willensunfähigen angefasst wird. Auch im letzteren Falle hat ein Mensch den Gegenstand angefasst, der vom Gesetz verlangte Erfolg ist hier ebenso gut herbeigeführt worden, wie in ersterem, und daher ist die Norm übertreten.

Ebenso verhält es sich, wenn z. B. das Reiten an bestimmten Orten verboten ist; hier wird die Norm ebenso übertreten, wenn ich selbst an dem Orte reite, wie wenn ich dort den gutgläubigen oder willensunfähigen X. reiten lasse.

Dieselbe Behandlung verdienen auch die Fälle, wo „eine Erklärung über ein eigenes Tun oder sonst etwas die Person des Erklärenden Betreffendes" die Tätigkeit des Handelnden ausmacht. Auch hier ist die von Höpfner gewollte abweichende Behandlung zu verwerfen. Hierhin würde z. B. der Fall des § 138 gehören, und es kann auf das oben hierüber Gesagte verwiesen werden (vgl. S. 50).

Auch bei den Fällen, wo beim Täter eine physische Beschaffenheit vorausgesetzt wird, liegt keine Veran-

lassung zur Leugnung mittelbarer Begehungsmöglichkeit vor. Wenn beispielsweise im § 175 die widernatürliche Unzucht zwischen Männern unter Strafe gestellt wird, so ist der Gedanke des Gesetzgebers der, dass ein derartiger Verkehr zwischen Männern überhaupt vermieden werden soll. Diese Norm wird daher ebenso übertreten, wenn zwei Männer direkt in solchen Verkehr treten, wie wenn zwei Frauen zwei geisteskranke Männer zu dem Verkehr veranlassen. Ebenso verhält es sich mit dem Verbrechen der Blutschande (§ 173); hier ist der vom Gesetzgeber gemissbilligte Erfolg zweifellos, wie auch Frank a. a. O. richtig bemerkt, die Vereinigung der Geschlechtsteile blutsverwandter Personen zum Beischlaf. Auch dieses Verbrechen kann mittelbar begangen werden, indem z. B. A. den geisteskranken X. veranlasst, mit seiner, des X., Mutter den Beischlaf zu vollziehen; denn hier führt eben A. die unerlaubte Geschlechtsvereinigung vorsätzlich herbei, (ebenso Meyer-Allfeld § 27 No. 9). Das von Frank gewählte Beispiel: A. veranlasst den geisteskranken X., mit des A. Mutter zu konkumbieren — trifft überhaupt nicht den Fall der Blutschande und kann daher auch nicht zum Beweise gegen die Annahme mittelbarer Begehungsmöglichkeit dieses Verbrechens benutzt werden; evtl. könnte hier A. als mittelbarer Täter der Notzucht (§ 177) in Frage kommen.

§ 5.

Zusammenfassung der gewonnenen Resultate.

Ich glaube, damit die Untersuchung unserer Streitfrage erschöpft zu haben und die Besprechung abschliessen zu können. Wenn wir zum Schluss die ge-

wonnenen Resultate zusammenfassen, so kommen wir zu folgenden Sätzen:

1. Mittelbare Täterschaft ist bei allen Delikten begrifflich möglich. Der Grund dafür liegt in der Erwägung, dass als Täter einer strafbaren Handlung stets der in Frage kommen muss, welcher einen bestimmten vom Gesetzgeber gemissbilligten Erfolg herbeiführt, gleichgültig ob er derjenigen Personenklasse, die für die Begehung des betreffenden Delikts zunächst in Frage kommt, selbst angehört, oder ob er sich eines Mitgliedes dieser Personenklasse zur Herbeiführung des Erfolges bedient,

2. Ausgeschlossen ist mittelbare Täterschaft de lege lata nur beim Meineide und beim Vergehen gegen § 348 St. G. B., dies mit Rücksicht auf bestehende Sonderbestimmungen. Diese Sonderbestimmungen sind aber prinzipwidrig und ungerecht.

Druck von E. Ebering, Berlin NW., Mittelstrasse 29.